

Los ataques letales selectivos en la política y la práctica de Estados Unidos: análisis desde el Derecho internacional*

US Policy and Practice of Targeted Killing under International Humanitarian Law

RECIBIDO EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2013 / ACEPTADO EL 15 DE OCTUBRE DE 2013

Pilar POZO SERRANO

Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.
Universidad de Valencia
pilar.pozo@uv.es

Resumen: Los ataques letales selectivos contra líderes de Al Qaeda y de las fuerzas asociadas se convertido en un elemento esencial de la política estadounidense de lucha contra el terrorismo. La intensificación de la práctica durante la administración Obama generó una creciente crítica y la reclamación de una justificación jurídica de la misma. Estados Unidos ha intentado justificar el recurso a la fuerza letal combinando argumentos relativos a la existencia de un conflicto armado global con Al Qaeda, no limitado al campo de batalla de Afganistán, y a la legítima defensa frente a una amenaza inminente. Se trata de argumentos sumamente controvertidos y que cuentan con escaso apoyo por parte de otros Estados y de la doctrina. El análisis de la postura de EE.UU. requiere el examen de cuestiones nucleares como el umbral de existencia de un conflicto armado así como la determinación de su naturaleza, la participación directa en las hostilidades, la legítima defensa y la implicación del Estado territorial donde tienen lugar los ataques selectivos como tercer país.

Palabras clave: ataques letales selectivos; Estados Unidos; conflicto armado; derecho internacional humanitario.

Résumé: Les assassinats ciblés contre présumés terroristes d'Al-Qaïda et des forces associées sont devenus un élément essentiel de la politique anti-terroriste américaine. L'augmentation de la pratique sous l'Administration Obama a soulevé des croissantes critiques publiques concernant la légalité et l'efficacité des assassinats ciblés. Pour justifier le recours à la force létale, les États-Unis ont avancé des arguments juridiques soutenant l'existence d'un conflit armé global avec Al-Qaïda, non restreint au champ de bataille de l'Afghanistan, et la légitime défense contre des menaces imminentes. Il s'agit de justifications profondément controversées et qui ne jouissent pas d'un large soutien de la part des États et de la doctrine. La position américaine suscite des questions nucléaires comme le seuil de l'existence d'un conflit armé ainsi que la détermination de sa nature, la participation directe dans les hostilités, la légitime défense, et l'implication de l'État hôte en tant que pays tiers.

Mots-clés: assassinats ciblés, Etats Unis, conflit armé, légitime défense, droit international humanitaire

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: CONCEPTO DE ATAQUES LETALES SELECTIVOS. 3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA POLÍTICA DE «ATAQUES LETALES SELECTIVOS»: LA POSTURA DE ESTADOS UNIDOS. 3.1. La noción de conflicto armado global. 3.2. La conformidad de la práctica con las normas de derecho interno y de derecho internacional. 3.3. La reformulación del «derecho de legítima defensa preventiva». 4. LOS ATAQUES LETALES SELECTIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL. 4.1. Usos de la fuerza transfronterizos y ampliación del área del conflicto vs conflicto global. 4.2. La calificación de los ataques selectivos según las normas de Derecho Internacional Humanitario. 4.2.1. Aplicación del principio de distinción: la condición de miembro de grupo armado y el concepto de civil que participa activamente en las hostilidades. 4.2.2. La aplicación del principio de proporcionalidad: ventaja militar y daños colaterales. 4.2.3. Problemas derivados del uso de drones. 5. CONCLUSIONES.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+I de referencia CSO2010-17849.

1. INTRODUCCIÓN

Los «ataques letales selectivos» se han convertido en un instrumento esencial para Estados Unidos en su lucha contra el terrorismo desde los atentados del 11 de septiembre de 2001. La práctica ha suscitado posturas profundamente divergentes en cuanto a su fundamentación jurídica. El desacuerdo reinante en cuanto a la calificación jurídica de la práctica deriva, en parte, de la indeterminación que rodea a algunos de los elementos implicados como la clasificación de los conflictos armados, la noción de participación directa en las hostilidades o el concepto de legítima defensa. La cuestión deviene más compleja si se considera que en la ejecución de estas acciones no solo intervienen las fuerzas armadas de Estados Unidos sino también la CIA, lo que supone la posible implicación de personal civil en actos susceptibles de ser calificados como participación directa en las hostilidades. Respondiendo a la controversia generada por la intensificación de este tipo de acciones bajo la presidencia de Obama y por su naturaleza clasificada, que permitía eludir cualquier control público de las mismas, la administración estadounidense ha invocado diferentes argumentos jurídicos como fundamento de su política a lo largo de una serie de discursos. El más relevante, también el más reciente de momento, es el pronunciado por el presidente Obama el 23 de mayo de 2013, en la National Defense University¹, donde explicó las principales líneas de la estrategia de su Administración en la lucha contra el terrorismo, una de cuyas tres grandes áreas era lo que denomina «acción selectiva contra terroristas». El discurso anunciaba también la firma, ese mismo día, de un documento sobre la política para el uso de la fuerza en operaciones de contra-terrorismo fuera de Estados Unidos y en áreas de hostilidades activas².

Este trabajo se centra en los ataques letales selectivos realizados por Estados Unidos en la lucha contra Al Qaeda y grupos relacionados, analizando la práctica y los intentos de fundamentación jurídica desarrollados por Estados Unidos desde la perspectiva del Derecho internacional. Así delimitado,

¹ Discurso del Presidente Obama en la National Defense University, *The Future of our Fight against Terrorism*, 23 mayo 2013.

² *U.S. Policy Standards and Procedures for the Use of Force in Counterterrorism Operations Outside the United States and Areas of Active Hostilities*, The White House, Office of the Press Secretary, 23 de mayo, 2013.

el objeto de análisis remite a escenarios diferentes en función de la existencia o no de un conflicto armado en el país en que tienen lugar y de la naturaleza del mismo, así como de la actitud del Estado en cuyo territorio han sido ejecutadas.

2. LA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA: CONCEPTO DE ATAQUES LETALES SELECTIVOS

No existe una definición legal de «ataque letal selectivo». Dependiendo del contexto se han utilizado otras expresiones para designar esta misma práctica como «intercepción», «liquidación selectiva», «ataque letal preventivo», «asesinato selectivo» o «legítima defensa selectiva» por mencionar algunos ejemplos³. El *Relator especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias* en su informe sobre los asesinatos selectivos los define como:

«el uso de fuerza letal deliberado, premeditado e intencional, por parte del Estado o de sus agentes, actuando en condición de tales (...) contra un individuo específico que no se encuentra bajo la custodia física del que lo perpetró»⁴.

Se trata de una definición útil a los efectos de delimitar la práctica, al señalar algunos elementos de los ataques letales selectivos que permiten diferenciarlos de otro tipo de acciones. En primer lugar, el empleo de fuerza letal, es decir de métodos con capacidad para provocar la muerte de un ser humano. En segundo lugar, la intención de provocar deliberadamente la muerte, lo que deja fuera de esta figura aquellos casos en que la muerte sea un resultado incidental del ataque y no el fin del mismo. En tercer lugar, las acciones deben ir dirigidas contra uno o varios individuos cuya identidad se conoce, lo que las diferencia de los ataques dirigidos indiscriminadamente contra grupos o individuos no identificados. En cuarto lugar, deben estar dirigidos contra personas que no se encuentran bajo el control físico de quienes lo llevan a cabo. Este elemento diferencia esta figura de las ejecuciones extrajudiciales, que presu-

³ MELZER, N., *Targeted Killing in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 6.

⁴ *Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions, Philip Alston, Addendum, Study on Targeted Killings*, U.N. Doc. A/HRC/14/24/Add.6 (en lo sucesivo *Report of the Special Rapporteur*) p. 3 par. 1.

ponen que el individuo se encuentre bajo custodia de agentes del Estado⁵. Por último, la acción debe ser atribuible a un sujeto de derecho internacional, generalmente un Estado. Este rasgo diferencia los ataques letales selectivos de los homicidios sujetos al derecho penal interno⁶.

Aunque se trata de un fenómeno presente a lo largo de la historia bajo diferentes formas⁷, la utilización del término *targeted killing* (que traducimos como ataque letal selectivo) se generalizó a partir de la denominada segunda Intifada, en septiembre de 2000. En noviembre de ese mismo año, Israel fue el primer país en reconocer formalmente la adopción de una política de «ataques selectivos» en su confrontación con militantes palestinos⁸. Con

⁵ A pesar de esta matización, algunos autores y organizaciones de defensa de los derechos humanos han calificado la práctica como ejecuciones extrajudiciales, porque están dirigidas a causar la muerte de personas concretas, denegando a los individuos «seleccionados» el derecho fundamental a un proceso judicial. Para un análisis de las diferentes posturas doctrinales así como de la posición adoptada por algunos órganos internacionales con competencias en materia de protección de derechos humanos, cfr. KRETZMER, D., «Targeted Killing of Suspected Terrorists: Extra-Judicial Executions or Legitimate Means of Defence?», *The European Journal of International Law*, vol. 16:2 (2005), pp. 174, 176-186; GROSS, M. L., «Assassination and Targeted Killing: Law Enforcement, Execution or Self-Defence?», *Journal of Applied Philosophy*, vol. 23, n° 3 (2006), pp. 324-325; BLUM, G.; HEYMANN, P., «Law and Policy of Targeted Killing», *Harvard National Security Journal*, vol. 1 (junio 2010), p. 148; PRINTER, N. G. Jr., «The use of force against non-state actors under international law: an analysis of the U.S predator strike in Yemen», *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, n° 331: 8 (2003), pp. 332-383; MELZER, N., *Targeted Killing*, op. cit., pp. 44-70; TAMS, C. J., «The Use of Force against Terrorists», *The European Journal of International Law*, vol. 20, n° 2 (2009), pp. 359-397; LUBELL, N., *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2010; FISHER, W. J., «Targeted Killing, Norms, and International Law», *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 45 (2006-2007), pp. 711-758.

⁶ MELZER, N., *Targeted Killing*, op. cit., pp. 3-5.

⁷ FRIEDMAN, U., «Targeted Killings: A Short History», *Foreign Policy*, sept/oct 2012. El término *targeted killing* había sido utilizado antes por el grupo *Americas Watch*, para referirse a los asesinatos de personas concretas por fuerzas armadas o escuadrones de la muerte, en oposición a las matanzas indiscriminadas que también realizaban esos grupos.

⁸ Israel reconoció públicamente por primera vez ser el responsable de la muerte del líder de una milicia palestina, Hussein Obayatm en Belén, hasta entonces la política oficial había sido negar la implicación del gobierno en este tipo de acciones. Cfr. Press Briefing by Colonel Daniel Reiser, Head of the International Law Branch of the IDF Legal Division, Jerusalem, November 15, 2000 Answers to Frequently Asked Questions – Palestinian Violence and Terrorism – The International War against Terrorism. Sobre la evolución de la práctica israelí y la adopción de una política formal, vid. JACOBSON, D.; KAPLAN, E. H., «Suicide Bombings and Targeted Killings in (Counter-) Terror Games», *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 51:5 (2007), pp. 772-792; GROSS, E., «Self-defense against Terrorism--What Does it Mean? The Israeli Perspective», *Journal of Military Ethics*, n° 1:3, 2002, pp. 91-108; STAHL, A., «The Evolution of Israeli Targeted Operations: Consequences of the Thabet Thabet Operation», *Studies in Conflict & Terror*

posterioridad a los atentados del 11 de septiembre de 2001, otros países como Estados Unidos, Pakistán, y Rusia empezaron a adoptar esta táctica en su lucha contra grupos terroristas o insurgentes, aunque sin convertirla en una política oficial⁹.

La política aprobada por el gobierno israelí establecía un proceso para la aprobación de cada operación. En primer lugar, la existencia de suficientes elementos de información para «incriminar» al individuo identificado como potencial objetivo del ataque, de pruebas que demuestren su participación efectiva en actos de terrorismo. En segundo lugar, la elaboración de un plan detallado del lugar, momento y medios a utilizar en el ataque. En tercer lugar, una evaluación de los posibles daños colaterales y la ponderación de las eventuales repercusiones políticas. Por último, aprobación del plan completo por un líder político de alto rango (normalmente el Presidente del Gobierno, o el Ministro de Defensa)¹⁰. El Tribunal Supremo israelí, en su sentencia de 13 de diciembre de 2006, avaló en gran medida la práctica del Gobierno aunque imponiendo algunas correcciones¹¹. La sentencia consideró que la Intifada iniciada en el año 2000 constituía un conflicto armado internacional entre Israel y los grupos terroristas palestinos que legitimaba el recurso al uso de la fuerza

ism, vol. 33:2 (2010), pp. 111-133. El Tribunal Supremo israelí se pronunció sobre la política israelí en una sentencia de 13 de diciembre de 2006 que viene a avalar en gran medida la práctica del Gobierno, aunque con algunas correcciones (cfr. Case HCJ 769/02, *The Public Committee against Torture in Israel, Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. the Government of Israel, the Prime Minister of Israel, the Minister of Defense, the Israel Defense Forces, the Chief of the General Staff of the Israel Defense Forces, Shurat HaDin – Israel Law Center and 24 others*).

⁹ MELZER, N., *Targeted Killing...*, *op. cit.*, p. xi.

¹⁰ Sobre la evolución de la práctica israelí y la adopción de una política formal, *vid.* JACOBSON, D.; KAPLAN, E. H., «Suicide Bombings and Targeted Killings in (Counter-) Terror Games», *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 51:5 (2007), pp. 772-792; GROSS, E., «Self-defense against Terrorism--What Does it Mean? The Israeli Perspective», *Journal of Military Ethics*, n° 1:3 (2002), pp. 91-108; STAHL, A., «The Evolution of Israeli Targeted Operations: Consequences of the Thabet Thabet Operation», *Studies in Conflict & Terrorism*, vol. 33:2 (2010), pp. 111-133.

¹¹ Case HCJ 769/02, *The Public Committee against Torture in Israel, Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. the Government of Israel, the Prime Minister of Israel, the Minister of Defense, the Israel Defense Forces, the Chief of the General Staff of the Israel Defense Forces, Shurat HaDin – Israel Law Center and 24 others*. Una primera demanda formulada a finales del 2001, por un grupo de ONG israelíes fue desestimada por el Tribunal Supremo aduciendo motivos de inadmisibilidad. Una segunda petición introducida en marzo de 2002, fue admitida. Por esas fechas, se calculaba que las operaciones militares israelíes habían provocado 339 muertes entre los palestinos: 201 formaban parte de los individuos identificados como objetivos de los ataques y 129 eran víctimas colaterales.

por parte de Israel¹². Con esta postura se excluía la posibilidad de abordar el tema como un problema de terrorismo sujeto a la aplicación del derecho interno. Al mismo tiempo, la clasificación de la situación como conflicto armado exigía que la práctica, para ser lícita, se ajustara a las normas de DIH. Adicionalmente, en atención a las particularidades del conflicto, la sentencia imponía a Israel límites y restricciones al uso de la fuerza superiores a los estrictamente exigidos por el derecho internacional humanitario para las partes en un conflicto armado internacional¹³.

Tras los atentados del 11 de septiembre del 2001, el Congreso de Estados Unidos adoptó una resolución conjunta autorizando al Presidente, G. W. Bush, «a utilizar toda la fuerza necesaria y adecuada» contra los responsables de los atentados terroristas¹⁴. La Administración del Presidente G.W. Bush tomó como punto de partida un memorando jurídico, sin valor vinculante¹⁵, en virtud del cual la prohibición de asesinatos políticos aprobada por el Presidente Ford en 1976 no se aplicaba a las acciones contra combatientes enemigos durante un conflicto armado ni al ejercicio de la legítima defensa, en tiempo

¹² El Tribunal Supremo Israelí calificó la situación de conflicto armado internacional, porque traspasaba las fronteras del Estado. Se trata de uno de los aspectos más criticados de la sentencia, la postura mayoritaria es favorable a su consideración como un conflicto armado de carácter no internacional, porque de acuerdo con el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949 es la identidad de las partes en el conflicto la que determina su carácter internacional o no internacional, no el hecho de que el conflicto tenga manifestaciones transfronterizas. En este sentido, BEN-NAFTALI, O.; MICHAELI, K., «Public Committee Against Torture in Israel v. Government of Israel. Case n° HCJ 769/02», *The American Journal of International Law*, vol. 101:2 (abril 2007), pp. 463-4.

¹³ En primer lugar, la sentencia rechazaba la calificación de los miembros de las organizaciones terroristas como combatientes ilícitos (opción seguida por el gobierno israelí), y les consideraba civiles que participaban directamente en las hostilidades. Por otro lado, al no calificarlos como «combatientes» la sentencia subrayaba que la mera pertenencia a una organización terrorista no bastaría para convertir a un individuo en objetivo legítimo de ataque: era necesario probar su participación directa en la instigación o ejecución de un acto terrorista. En segundo lugar, la sentencia se apartaba del régimen general del DIH al condicionar la licitud de los ataques selectivos a la ausencia de opción razonable de capturar al terrorista, elemento que ya formaba parte de la política israelí. Al abordar la cuestión de la proporcionalidad, la sentencia puso de manifiesto la dificultad de determinar con carácter general un porcentaje aceptable de daños colaterales y otorgó mayor relevancia al procedimiento de aprobación de cada operación y a la evaluación de la misma a posteriori.

¹⁴ United States Congress, Senate Joint Resolution 23: *Authorization for Use of United States Armed Forces*, 107th Cong., 1st sess., 14 September 2001. La resolución fue aprobada como Ley el 20 de septiembre de 2001 (P.L. 107-40).

¹⁵ *Memorandum from W. Hays Parks, Special Assistant to The Judge Advocate General of the Army for Law Matters, to the Judge Advocate General of the army, Executive Order 12333 on Assassination Ban* (4 de diciembre de 1989), en lo sucesivo Memorando jurídico.

de paz, contra individuos específicos que plantearan una amenaza directa para ciudadanos de Estados Unidos o para su seguridad nacional¹⁶. A partir del año 2004, Estados Unidos inició una campaña sistemática de ataques selectivos dirigidos mayoritariamente contra líderes y mandos de rango medio y alto de los Talibán y de Al Qaeda refugiados en una provincia fronteriza pakistaní, las Áreas Tribales Federalmente Administradas (FATA), sin aprobación explícita del gobierno paquistaní¹⁷.

3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA POLÍTICA DE «ATAQUES LETALES SELECTIVOS»: LA POSTURA DE ESTADOS UNIDOS

Desde que el presidente Obama subió al poder el número de ataques contra líderes Talibán y de Al Qaeda incrementó sustancialmente¹⁸, suscitando una creciente reclamación de transparencia y sujeción del programa de ataques letales selectivos a mecanismos de supervisión. Desde el año 2010 la Administración ha venido defendiendo la licitud de los ataques letales selectivos tanto desde la perspectiva del derecho interno como del derecho internacional, a través de una serie de discursos entre los que merecen especial atención los pronunciados por los asesores jurídicos del Departamento de Estado (Harold H. Koh) y de Defensa (Jeh C. Johnson), el asesor en materia de seguridad interior y antiterrorismo (John Brennan) y el Fiscal General (Eric Holder). A ellos habría que sumar algunas declaraciones realizadas por el Presidente Obama, y un documento clasificado del Departamento de Justicia filtrado a la prensa en febrero de 2013¹⁹. Todos los discursos desarrollan una línea argumental similar basada en tres consideraciones.

¹⁶ Cfr. Memorando jurídico, p. 8, nota 14.

¹⁷ Para una relación detallada de las operaciones llevadas a cabo, *vid.* BERGEN, P.; TIEDEMANN, K., «The Year of the Drone. An Analysis of U.S. Drone Strikes in Pakistan, 2004-2010», New American Foundation, Counterterrorism Strategy Initiative Policy Paper, 24 febrero 2010; Williams, B. G., «The CIA's Covert Predator...», *op. cit.*, pp. 871-892.

¹⁸ Las cifras varían considerablemente según la fuente utilizada. M. Zenko ofrece los siguientes datos a partir de las estimaciones realizadas por *New American Foundation*, *The Bureau of Investigative Journalism* y *The Long War Journal*: bajo la presidencia de G. W. Bush se efectuó un total de 51 ataques (45 en Pakistán, 1 en Yemen y 5 en Somalia), bajo la presidencia de Obama el número asciende a 344 (281 en Pakistán, 52 en Yemen y 11 en Somalia). *Vid.* ZENKO, M., «The Long Third War», *Foreign Policy*, Situation Report, 30 octubre 2012.

¹⁹ Department of Justice White Paper, *Lawfulness of a Lethal Operation Directed Against a U.S. Citizen Who Is a Senior Operational Leader of Al Qaida or an Associated Force*, filtrado por NBC News el 5 de febrero de 2013.

3.1. *La noción de conflicto armado global*

Uno de los argumentos centrales de Estados Unidos es que sigue inmerso en un conflicto armado de alcance global contra Al Qaeda y sus fuerzas asociadas. El primer discurso de la serie, el pronunciado por H. Koh sobre la postura de la Administración Obama y el Derecho internacional, sustituyó el denostado término «guerra global contra el terror» usado por la Administración anterior por la expresión «conflicto armado con Al Qaeda, los Talibán y grupos aliados en Afganistán y en otros lugares (and *elsewhere*)»²⁰, especificación que ponía de manifiesto que la administración Obama seguía contemplando un campo de batalla global, sin límites geográficos. Como consecuencia de la naturaleza global del conflicto, especificaría el Fiscal General Holder, Estados Unidos está facultado para actuar fuera del campo de batalla «caliente» de Afganistán, si bien el uso de la fuerza en territorio de un tercer estado debería respetar las normas internacionales, por lo que sólo sería lícito cuando se lleva a cabo con el consentimiento de la nación concernida o tras constatar que dicha nación no quiere, o no puede, luchar de manera efectiva contra los individuos o grupos que desde su territorio amenazan a Estados Unidos²¹. El discurso del Asesor general del Departamento de Defensa, Jeh C. Johnson, aporta otra consecuencia del carácter «global» del conflicto con Al Qaeda²². Tras subrayar que el objetivo de Estados Unidos en este conflicto es derrotar definitivamente a Al Qaeda y grupos afiliados violentos, afirma que el núcleo de Al Qaeda central ha sido severamente dañado durante estos años de conflicto y que, en la actualidad, la actividad terrorista proviene mayoritariamente de las denominadas «franquicias locales» como Al Qaeda en la Península Arábiga (AQAP) o Al Qaeda en el Magreb islámico (AQIM).

²⁰ KOH, H. H., *The Obama Administration and International Law*, Legal Adviser, U.S. Department of State, Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, DC, March 25, 2010. Postura confirmada en la Estrategia de Seguridad Nacional adoptada en mayo de 2010, según la cual la guerra en Afganistán forma parte de «una campaña más amplia para detener, dismantelar y derrotar a Al Qaeda y a sus aliados extremistas violentos», *United States National Security Strategy*, mayo de 2010, p. 1.

²¹ Attorney General Eric Holder Speech, Northwestern University School of Law, 5 de marzo de 2012.

²² JOHNSON, J. C., General Counsel of the U.S. Department of Defense at the Oxford Union, Oxford University, «The Conflict Against Al Qaeda and its Affiliates: How Will It End?», 30 de noviembre de 2012.

En consecuencia, concluye Holder, la lucha contra cualquier franquicia de Al Qaeda formaría parte del único conflicto con Al Qaeda y compartiría sus mismos fundamentos jurídicos²³.

3.2. *La conformidad de la práctica con las normas de derecho interno y de derecho internacional*

En segundo lugar, todos los discursos subrayan de una manera u otra que el comportamiento del gobierno estadounidense durante el conflicto debe respetar tanto el derecho interno como el derecho internacional.

Desde la perspectiva del derecho interno, la postura de la Administración Obama es que el uso de la fuerza contra Al Qaeda y fuerzas asociadas sigue teniendo su fundamento en la resolución conjunta aprobada por el Congreso el 18 de septiembre²⁴. Desde la perspectiva del derecho internacional se invoca una doble fundamentación: las normas de derecho internacional humanitario aplicables en un conflicto armado y el derecho de legítima defensa reconocido en el artículo 51 de la Carta de la ONU. Sin embargo, como se analiza en el siguiente apartado, se trata de una legítima defensa desvirtuada que, lejos de reforzar la fundamentación jurídica de los ataques letales selectivos, pone de manifiesto la debilidad del discurso²⁵. En este sentido, el discurso del Presidente Obama, de 23 de mayo de 2013, aun respaldando la política seguida hasta el momento, aborda algunos de los aspectos más controvertidos apuntando su eventual reorientación en el futuro²⁶. Entre ellos cabe destacar el llamamiento a la modificación y posible derogación de la AUFM adoptada por

²³ *Ibid.* Se trata de un aspecto severamente criticado por diferentes analistas de Estados Unidos. En este sentido, John B. Bellinger III, ha señalado: «As U.S. forces continue to target terrorist leaders outside Afghanistan, it is increasingly unclear whether these terrorists, even if they are planning attacks against U.S. targets, are the same individuals, or even part of the same organization, behind the Sept. 11 attacks. Moreover, no law, including this act, contains specific provisions for killing terrorists who are U.S. citizens and who enjoy at least some constitutional rights, such as the Yemen-based radical cleric Anwar al-Aulaqi, whose purported targeting is the subject of a lawsuit brought by civil liberties groups». («*A Counterterrorism Law in Need of Updating*», The Washington Post, November 26, 2010, citado por su autor en «Drones and the War on Terror: When Can the U.S. Target Alleged American Terrorists Overseas?», Testimony of John B. Bellinger III, Committee on the Judiciary, U.S. House of Representatives, 27 de febrero, 2013, p. 4.

²⁴ Cfr. nota 9 *supra*.

²⁵ En este sentido, O'CONNELL, M. E., *Drones under International Law*, International Debate Series, Washington University Law, octubre 2010, p. 7.

²⁶ MASTERS, J., *Targeted Killing*, Council on Foreign Relations Backgrounder, 23 de mayo 2013.

el Congreso en 2001, con el objeto de formular una nueva base jurídica para luchar contra los terroristas sin mantener a Estados Unidos en un perpetuo estado de guerra²⁷. Por lo que se refiere a los criterios a los que deben ajustarse los ataques letales selectivos, el documento aprobado por el Presidente Obama subraya en primer lugar que el uso de la fuerza letal no debe tener nunca un carácter punitivo, su objetivo debe ser impedir o detener ataques contra ciudadanos estadounidenses y solo cuando no es posible la captura o alguna otra alternativa razonable. Además, para poder hacer uso de la fuerza en zonas donde existen hostilidades activas, deben cumplirse los siguientes requisitos:

«*First*, there must be a legal basis for using lethal force, whether it is against a senior operational leader of a terrorist organization or the forces that organization is using or intends to use to conduct terrorist attacks.

Second, the United States will use lethal force only against a target that poses a continuing, imminent threat to U.S. persons. It is simply not the case that all terrorists pose a continuing, imminent threat to U.S. persons; if a terrorist does not pose such a threat, the United States will not use lethal force.

Third, the following criteria must be met before lethal action may be taken:

1. Near certainty that the terrorist target is present;
2. Near certainty that non-combatants will not be injured or killed;
3. An assessment that capture is not feasible at the time of the operation;
4. An assessment that the relevant governmental authorities in the country where action is contemplated cannot or will not effectively address the threat to U.S. persons; and
5. An assessment that no other reasonable alternatives exist to effectively address the threat to U.S. persons.

Finally, whenever the United States uses force in foreign territories, international legal principles, including respect for sovereignty and the law of armed conflict, impose important constraints on the ability of the United States to act unilaterally – and on the way in which the United States can use force. The United States respects national sovereignty and international law»²⁸.

Nos encontramos, finalmente, con la formulación de una política para la realización de ataques letales selectivos. La parquedad del documento y la vaguedad del lenguaje, sin embargo, lo convierten en una pobre aportación. Pese

²⁷ Discurso del Presidente Obama en la National Defense University, *The Future of our Fight against Terrorism*, 23 mayo 2013.

²⁸ *U.S. Policy Standards and Procedures for the Use of Force...*, *op. cit.*

a la voluntad de adoptar un tono garantista de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, la indeterminación en cuanto al significado de los conceptos clave como el de amenaza inminente, nivel de certeza casi total, o la mera reiteración de afirmaciones de principio como la de que Estados Unidos respeta la soberanía nacional y el derecho internacional, no bastan para garantizar la conformidad de la práctica con el Derecho internacional.

3.3. *La reformulación del «derecho de legítima defensa preventiva»*

En tercer lugar, los discursos invocan, con matices diferentes, el derecho de Estados Unidos de actuar en legítima defensa frente a quienes representan una amenaza inminente de ataque violento. En estos casos, se señala, el uso de la fuerza letal quedaría condicionado a la imposibilidad de captura y debería respetar las normas del derecho de la guerra. Esta argumentación, «tortuosa y compleja»²⁹, pone de manifiesto la dificultad de la Administración estadounidense para encajar el programa de ataques letales selectivos dentro de las normas internacionales que regulan el uso de la fuerza. No sólo se invoca simultáneamente la existencia de un conflicto armado y el ejercicio del derecho de legítima defensa, sino que éste último se mueve en ocasiones en un plano más propio del derecho interno que del derecho internacional. En el marco de un conflicto armado el uso de la fuerza contra un individuo se basa en su estatuto, es decir, en su condición de miembro perteneciente a las fuerzas enemigas, no en el hecho de que represente una amenaza militar³⁰. El discurso de Koh, sin embargo, vincula la noción de legítima defensa y de amenaza inminente en el marco de un conflicto armado:

«en este conflicto armado en curso, Estados Unidos tiene la autoridad según el derecho internacional... de usar la fuerza, incluida la fuerza letal, para defenderse incluso mediante el ataque selectivo a personas como líderes de alto rango de Al Qaeda... La selección de un individuo particular como objeto de un ataque en un lugar concreto dependerá de las consideraciones de cada caso, incluidas las relacionadas con la inminencia de la amenaza, la soberanía de otros estados implicados y su voluntad y capacidad para eliminar la amenaza que representa el objetivo»³¹.

²⁹ BROOKS, R., «Mission Creep in the War on Terror», *Foreign Policy*, 14 de marzo, 2013.

³⁰ Cfr. SCHMITT, M. N., «The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis», *Harvard National Security Journal*, vol. 1 (2010), p. 37.

³¹ KOH, H. H., *The Obama Administration...*, op. cit.

En un primer momento, Brennan reafirma que la resolución del Congreso de 18 de setiembre de 2001 por la que se autorizaba el uso de la fuerza militar no se limitaba al campo de batalla «caliente» de Afganistán y que, por consiguiente, Estados Unidos tenía derecho a usar la fuerza contra Al Qaeda sin invocar la legítima defensa en cada ocasión. Ante la constatación de que numerosos aliados de Estados Unidos no compartían su visión del conflicto contra Al Qaeda como un conflicto global, el discurso intenta ofrecer un enfoque admisible para los aliados sin renunciar a los argumentos jurídicos propios. Según Brennan, para los demás países el uso de la fuerza contra individuos determinados fuera del campo de batalla «caliente» sólo sería lícito en caso de legítima defensa frente a quienes representan una amenaza inminente. Por lo tanto, concluye, la diferencia de posiciones sería sólo aparente pues, fuera de Afganistán, Estados Unidos no usa la fuerza contra cualquier miembro de Al Qaeda o fuerzas asociadas, sino sólo contra quienes representan una amenaza significativa. Se trata de una afirmación práctica que la desmiente ya que, junto a los ataques dirigidos contra líderes identificados (*personality strikes*), se tiene constancia de ataques dirigidos contra personas que por su patrón de conducta podrían ser miembros de un grupo armado, aunque se desconozca su identidad (*signature strikes*)³². Por otro lado, la noción de legítima defensa frente a una amenaza inminente que propone Estados Unidos se encuentra lejos de la interpretación generalmente aceptada de amenaza inminente como amenaza material próxima. La concepción estadounidense se sitúa más bien en el terreno de lo especulativo, situada a medio camino entre la amenaza inminente y la amenaza latente³³, cuando no claramente en el campo de esta última y, por consiguiente, del concepto de legítima defensa preventiva³⁴. Así se desprende del discurso del Fiscal General Holder, cuando señala que, debido a las particulares características de Al Qaeda y su *modus operandi*, «la Constitución no requiere que el Presidente retrase la acción hasta que se alcance una fase final del plan, que estableciera con claridad el momento, lugar

³² «U.S. Tightens Drone Rules», *The Wall Street Journal*, 4 de noviembre, 2011.

³³ HAAS, R. N., «The President Has Too Much Latitude to Order Drone Strikes», Council on Foreign Relations, 18 de febrero, 2013.

³⁴ Según la doctrina y la práctica mayoritarias el pretendido derecho de legítima defensa preventiva carece de respaldo en el derecho internacional vigente. En este sentido, *Un mundo más seguro: la responsabilidad que compartimos. Informe del Grupo de Alto Nivel sobre las amenazas, los desafíos y el cambio*, Documento A/59/565, 2 de diciembre de 2004, par. 191-193.

y tipo de ataque». El memorando clasificado del Departamento de Justicia se pronuncia de modo similar:

«para que un líder operacional presente una amenaza de ataque ‘inminente’ a Estados Unidos no se requiere que Estados Unidos tenga pruebas claras de que va a tener lugar un ataque específico contra personas e intereses de Estados Unidos en el futuro inmediato... respecto a los líderes de Al Qaeda que continuamente planifican ataques, Estados Unidos dispondrá previsiblemente de una limitada ventana de oportunidad para defender a los americanos de un modo que tenga posibilidades de éxito y que reduzca suficientemente las probabilidades de daños a civiles»³⁵.

Por último, al reivindicar la legítima defensa frente a líderes operacionales que representen una amenaza de ataque, los discursos parecen equiparar cualquier atentado terrorista al ataque armado que genera un derecho de legítima defensa en virtud del artículo 51 de la Carta. En esa línea se sitúa también el Presidente Obama en su discurso sobre el estado de la Unión al afirmar la posibilidad de una «acción directa»³⁶ contra aquellos terroristas que suponen la amenaza más grave contra los intereses americanos³⁷. En su momento, la calificación de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 como ataque armado en el sentido del artículo 51 de la Carta, y por tanto generando el derecho de legítima defensa, supuso una profunda alteración de los moldes tradicionales de la legítima defensa. La práctica internacional, tanto a nivel unilateral como a través de diferentes organizaciones internacionales, en particular el Consejo de Seguridad de la ONU, la OTAN y la Organización de Estados Americanos, pareció avalar esta posibilidad. Pero esta práctica no parece que permita respaldar el intento de la Administración estadounidense de invocar la legítima defensa no sólo frente a atentados terroristas de gran escala, sino frente a aquellos individuos calificados como terroristas que supongan una amenaza de ataque inminente a Estados Unidos³⁸.

³⁵ Department of Justice White Paper, *Lawfulness of a Lethal Operation...*, *op. cit.*, pp. 6-7.

³⁶ El diccionario de términos militares y asociados del Pentágono define el término «acción directa» como ataques de corta duración y otras acciones ofensivas de pequeña escala conducidas como una operación especial en entornos hostiles, no reconocidos, o diplomáticamente sensibles y que emplean capacidades militares para capturar, destruir, detener, obtener información, recuperar o dañar los objetivos seleccionados.

³⁷ *President Obama's State of the Union Address*, febrero 2013, <<http://www.whitehouse.gov/state-of-the-union-2013>>.

³⁸ Reino Unido probablemente constituye un ejemplo paradigmático de estrecho aliado cuya posición oficial es contraria a los ataques letales selectivos. Cfr. GRAY, C., «Targeted Killings:

4. LOS ATAQUES LETALES SELECTIVOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

La postura del gobierno estadounidense es que el conflicto armado iniciado el 7 de octubre de 2001 contra Al Qaeda y demás grupos asociados, sigue vigente como conflicto armado no internacional³⁹, con la peculiaridad de contar con el consentimiento del gobierno *de iure* de Afganistán. En la medida en que los grupos señalados son actores no estatales, es la solución que parece desprenderse del derecho internacional humanitario, tanto convencional⁴⁰ como consuetudinario, y que goza de mayor respaldo doctrinal.

El *Informe Final sobre el significado de conflicto armado* adoptado por la Asociación de Derecho Internacional en el año 2010, tras una exhaustiva investigación de la práctica internacional concluyó que, desde la perspectiva del derecho consuetudinario, una situación podrá ser calificada como conflicto armado cuando cumpla dos requisitos mínimos esenciales: en primer lugar, la existencia de grupos armados organizados⁴¹ y, en segundo lugar, un enfrentamiento armado entre los mismos de cierta intensidad⁴².

Recent US Attempts to Create a Legal Framework», *Current Legal Problems*, vol. 66 (2013), pp. 75-106.

³⁹ En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el asunto *Hamdan v. Rumsfeld Al-Aulaqi v. Obama*, Opposition to Plaintiff's Motion for Preliminary Injunction and Memorandum In Support of Defendant's Motion to Dismiss at 32-34, *Al-Aulaqi v. Obama*, 727 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2010) (nº 10 Civ. 1469). Para un análisis más detallado de la postura estadounidense, *vid. Targeting Operations with Drone Technology: Humanitarian Law Implications*, Background Note for the American Society of International Law Annual Meeting, Human Rights Institute, Columbia Law School, 25 de marzo, 2011. La postura de Y. Dinstein («Terrorism and Afghanistan», *op. cit.*, p. 53 y de J. Paust («Self-defense targetings of non-state actors...», *op. cit.*, p. 261), que consideran que se trata de un conflicto armado internacional, es minoritaria.

⁴⁰ Cfr. artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.

⁴¹ Se puede decir que los conflictos entre Estados satisfacen con facilidad el primer criterio, pues generalmente intervienen sus Fuerzas armadas. Cuando una de las partes es un actor no estatal, resulta más complicado determinar si se cumple el requisito o no. Entre los factores relevantes a tomar en consideración, la jurisprudencia del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia ha señalado: la existencia de una cadena de mando, el control del grupo por los líderes, la existencia de infraestructura en materia de comunicaciones, disponer de un sistema organizado de adquisición de armamentos y repuestos, disponer de un espacio en el que permanecer (Cfr. International Law Association (ILA), *Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law*, The Hague Conference, 2010, p. 29).

⁴² Por lo que se refiere al criterio de intensidad, la jurisprudencia de ese mismo Tribunal ha estimado como aspectos relevantes, entre otros: el número de personas que toman parte en el enfrentamiento armado, el tipo de armas utilizadas y su cantidad, la cifra de muertes y la duración y extensión territorial de la confrontación. (Cfr. ILA, *Final Report on the Meaning of Armed Conflict...*, *op. cit.*, p. 30).

4.1. *Usos de la fuerza transfronterizos y ampliación del área del conflicto vs conflicto global*

Los conflictos armados entre un Estado y otros actores no estatales son conflictos armados no internacionales y no cambian de naturaleza necesariamente cuando se extienden al territorio de uno o varios estados vecinos⁴³. De acuerdo con estos criterios se podría considerar que, tanto por los actores implicados como por la intensidad de la violencia, las FATA de Pakistán han quedado incluidas en el área de conflicto de Estados Unidos contra Al Qaeda y grupos relacionados. Los ataques procedentes de las fuerzas Talibán y de Al Qaeda, planificados, iniciados, coordinados y dirigidos desde Pakistán contra las fuerzas armadas de Estados Unidos en Afganistán, formarían parte del conflicto afgano: han producido el efecto de extender el teatro de guerra, que ha pasado a englobar también las áreas señaladas de Pakistán, al menos desde 2004⁴⁴. El hecho de que el conflicto armado haya desbordado las fronteras estatales y se haya extendido a una zona colindante de Pakistán, no ha originado un conflicto armado con Pakistán debido a la actitud de este último país⁴⁵. A pesar de las críticas emitidas por Pakistán frente a los ataques de los drones estadounidenses en su territorio, hay datos que permiten afirmar que tales acciones contaban con su consentimiento implícito⁴⁶, principalmente la existencia de acuerdos de colaboración entre ambos en virtud de los cuales Estados Unidos proporciona ayuda económica a Pakistán a cambio de la colaboración de este último en la lucha contra Al Qaeda y grupos relacionados, y del permiso para usar el territorio de Pakistán como ruta de aprovisionamiento de las tropas internacionales en Afganistán e incluso la instalación durante un tiempo de dos bases de drones en su territorio y del personal estadounidense necesario para su manejo. Todo Estado tiene la obligación de impedir el uso perjudicial de su territorio por otros actores: si Pakistán carece de la voluntad o de la capacidad para impedir la actividad transfronteriza de grupos armados que se refugian en su territorio para enfrentarse a las fuerzas internacionales

⁴³ En este sentido, SASSÒLI, M., «The Role of Human Rights...», *op. cit.*, pp. 53,55. El Profesor Sassòli cita en su apoyo el artículo 1 y 7 del Estatuto del Tribunal Internacional Penal para Rwanda, que amplía la jurisdicción del Tribunal para aplicar el Derecho que regula los conflictos armados no internacionales a los estados vecinos.

⁴⁴ Cfr. PAUST, J., «Self-defense targeting...», *op. cit.*, p. 254.

⁴⁵ En este sentido, MURPHY, S. D., «The International Legality...», *op. cit.*, pp. 118-120.

⁴⁶ O'CONNELL, M. Ellen, *Drones under International Law*, *op. cit.*, p. 4.

en Afganistán, el teatro de guerra quedara ampliado a la zona en que tales grupos operan y contra los que Estados Unidos dirige sus ataques.

La efectividad y precisión de los ataques con drones está vinculada a la existencia de un consentimiento explícito o implícito del Estado territorial. En caso de rechazo o de resistencia activa del Estado territorial el panorama cambia radicalmente⁴⁷. Desde que Pakistán exigiera a Estados Unidos el abandono de las bases pakistaníes en el año 2011, el programa de ataques letales selectivos de los Estados Unidos en las FATA depende enteramente de las bases situadas en territorio afgano⁴⁸. El *Acuerdo de Asociación Estratégica entre Estados Unidos y Afganistán*, de 2 de mayo de 2012, al referirse a las relaciones entre ambos países a partir de 2014, fecha del repliegue del grueso de las tropas estadounidenses, establece que Afganistán se compromete a seguir facilitando el acceso y uso de bases e instalaciones afganas con el fin de combatir contra Al Qaeda y sus afiliados, y que Estados Unidos se compromete a no usar el territorio afgano para lanzar ataques contra otros países (párrafo 6). Se plantea así el interrogante de cómo se desarrollará el programa de ataques selectivos a partir de esa fecha, pues dentro de la Administración parece existir un amplio consenso sobre la continuidad del programa, al menos durante una década adicional⁴⁹.

Según la línea argumental antes desarrollada, se podría considerar que el territorio pakistaní (las FATA) donde Estados Unidos ha efectuado la mayor parte de los ataques letales selectivos habría pasado a quedar comprendido en el área del conflicto. Sin embargo, Estados Unidos no establece diferencias entre el campo de batalla de Afganistán y otras áreas geográficas donde operan las denominadas franquicias de Al Qaeda u otros grupos relacionados. Como se ha puesto de manifiesto al analizar los discursos de varios miembros de la actual Administración estadounidense, para Estados Unidos el conflicto con Al Qaeda tiene naturaleza global: la movilidad de los terroristas tiene el efecto extender el campo de batalla a aquellos lugares donde se encuentren. Es una postura

⁴⁷ ZENKO, M., *Reforming U.S. Drone...*, op. cit., p. 23.

⁴⁸ Pakistán exigió que Estados Unidos abandonara la base aérea de Shamsi, en Balochistán. «What Sovereignty?», *Dawn.com*, 15 de mayo de 2011, critica la hasta entonces no revelada presencia estadounidense en las bases aéreas de Shamsi (en la provincia de Balochistán, controlada por Emiratos Árabes Unidos desde 1990) y de Shabaz (en Jacobabad, provincia de Sindh); «Pakistan Tells US military to leave «drone» attack base», *Dawn.com*, 29 junio, 2011.

⁴⁹ «Plan for hunting terrorists signals U.S. intends to keep adding names to kill lists», *The Washington Post*, 24 de octubre, 2012.

que, como reconocía John Brennan, no es compartida por una amplia mayoría de estados, incluidos los aliados de Estados Unidos y que tampoco cuenta con un claro respaldo en derecho internacional. El DIH no proporciona una delimitación geográfica precisa de los conflictos armados, pero sí contiene algunos puntos de referencia que sirven de guía. A título de ejemplo cabe citar el artículo 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra (conflicto armado que no sea de índole internacional que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes), el artículo 29 («recoger informes en la zona de operaciones de un beligerante que penetren a la zona de operaciones del ejército enemigo») y 39 («Corresponde a las Partes Contratantes fijar en las cláusulas del armisticio las relaciones que ellas pueden mantener en el teatro de la guerra con sus habitantes, y las que pueden mantener los habitantes de un Estado beligerante con los del otro») Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (del anexo al IV Convenio de la Haya sobre Leyes y costumbres de la guerra terrestre) de 18 de octubre de 1907. También varias decisiones judiciales estadounidenses parecen respaldar la postura de que los conflictos armados comportan cierta limitación geográfica, por ejemplo cuando se afirma que Estados Unidos se encuentra «fuera de la zona de combate» a diferencia de otros escenarios, como Afganistán calificado como «teatro de un combate militar activo»⁵⁰.

Mayor respaldo tiene la interpretación de que el conflicto permanece confinado al territorio en que las confrontaciones armadas cumplen los requisitos para afirmar que existe un conflicto armado, es decir a Afganistán y, en su caso, las áreas fronterizas de Pakistán desde donde los grupos armados operan o en las que se refugian. El problema guarda relación directa con la práctica estadounidense desde que el presidente Obama subió al poder. Durante la actual Administración, el número de ataques selectivos contra líderes Talibán y de al Qaeda ha aumentado⁵¹, no solo en Afganistán y Pakistán sino también en Ye-

⁵⁰ En este sentido, ver *Padilla v. Rumsfeld*, 352 F.3d. 695,698, 2d Cir. 2003, y el caso *Al Maqaleh v. Gates*, en el que tanto el Tribunal de Distrito como el Tribunal de Apelación distinguieron entre Afganistán («a theater of active military combat», *Maqaleh v. Gates*, 605 F.3d 84, 88, D.C. Cir 2010) y las zonas fuera de Afganistán, incluido Estados Unidos, caracterizados como «muy alejados de cualquier campo de batalla» («far removed from any battlefield», *Maqaleh v. Gates*, 604 F. Supp. 2d 205, 229, D.D.C 2009). En el ámbito doctrinal, es también la posición de LUBELL, N., *Extraterritorial Use of Force...*, *op. cit.*, pp. 118-120; p. 255.

⁵¹ Durante el primer año de la Administración Obama, 2009, hubo un total de 51 ataques selectivos con drones en Pakistán, frente a los 45 ataques llevados a cabo durante toda la presidencia de G. W. Bush. En este sentido, BERGEN, P.; TIEDEMANN, K., «The Year of the Drone An Analysis of U.S. Drone Strikes in Pakistan, 2004-2010», New American Foundation, *Counterterrorism*

men y Somalia. Atendiendo a la diferente naturaleza de estos últimos escenarios, también dentro de Estados Unidos se ha venido reclamando una justificación adecuada de la práctica. En particular, si el objetivo es cooperar con el gobierno afectado en una campaña de contrainsurgencia, como también ha señalado en alguna ocasión el Presidente Obama, sería necesaria una explicación en este sentido por parte del gobierno estadounidense, en lugar de darles cabida invocando el carácter no convencional de ese difuso conflicto global contra Al Qaeda⁵².

4.2. *La calificación de los ataques selectivos según las normas de Derecho Internacional Humanitario*

Sin referirse a ningún caso específico, el Asesor principal del Departamento de Estado Harold H. Koh, señalaba en su discurso de 10 de marzo de 2010, que «las operaciones de ataques selectivos, incluyendo operaciones letales llevadas a cabo mediante la utilización de aviones no tripulados, satisfacen todas las normas jurídicas aplicables, incluyendo el derecho humanitario». De conformidad con el *ius in bello*, todas las partes en un conflicto deben respetar unas normas en cuanto a los medios y métodos de combate⁵³. Desde la perspectiva del DIH, los principales aspectos problemáticos de los asesinatos selectivos radican en si la identificación de las personas objeto de ataque respeta el principio de distinción; en el tipo de armamento utilizado en la mayoría de las operaciones (drones) y, conectado con este último punto, en si las operaciones realizadas han respetado el principio de proporcionalidad.

4.2.1. Aplicación del principio de distinción: la condición de miembro de grupo armado y el concepto de civil que participa activamente en las hostilidades

En virtud del principio de distinción sólo es lícito dirigir los ataques contra objetivos militares y, por consiguiente, los ataques a civiles serían contrarios a derecho. No obstante, el principio de distinción también tiene en cuenta

Strategy Initiative Policy Paper, 24 febrero 2010, p. 1. Para una estimación actualizada del número de ataques, *vid.* nota 14.

⁵² ZENKO, M., «Have U.S. Drones Become a 'Counterinsurgency Air Force' for Our Allies?», *ProPublica*, 27 noviembre, 2012.

⁵³ BRUNO, G., «US Drone Activities in Pakistan», *Backgrounder*, Council on Foreign Relations, 19 de julio de 2010.

el principio de la necesidad militar y permite la suspensión de la protección de los civiles cuando éstos participan directamente en las hostilidades. Se trata de un principio aplicable tanto en los conflictos armados internacionales como en los conflictos no internacionales⁵⁴. Es una cuestión pacíficamente admitida que esta norma forma parte del DIH consuetudinario. La participación directa en las hostilidades despliega un triple efecto.

En primer lugar, los civiles cuya actuación implique una participación directa en las hostilidades pierden la protección que les corresponde como civiles, por lo tanto pueden ser objetivo lícito de un ataque deliberadamente dirigido contra ellos. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, los daños que sufran no serían tomados en cuenta para las valoraciones de proporcionalidad de los daños colaterales. En tercer lugar, la obligación de adoptar las precauciones necesarias para evitar daños a civiles durante el desarrollo de las hostilidades quedaría suspendida respecto a aquellos que participan directamente en las hostilidades⁵⁵. La aplicación de este principio en la práctica exige la resolución previa de tres cuestiones básicas: el concepto de civil, qué actividades comportan una participación directa en las hostilidades y, por último, el elemento temporal: cuándo se considera que comienza y termina la participación directa en las hostilidades.

Desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario, el discurso del Asesor jurídico del Departamento de Estado, H. H. Koh, señalaba que todas las operaciones de asesinatos selectivos respetaban las normas pertinentes, en particular los principios de distinción y de proporcionalidad, pero no explicitaba los criterios para la inclusión de un individuo en la lista o si existían mecanismos de control.

La *Guía Interpretativa sobre el concepto de participación directa en las Hostilidades*⁵⁶, adoptada por el Comité Internacional de la Cruz Roja, contiene criterios que pueden resultar esclarecedores sobre el estatuto de los operativos Talibán, de Al Qaeda y de los otros grupos insurgentes con ellos relaciona-

⁵⁴ *Vid.* el artículo 53.1 del Protocolo Adicional I para los conflictos armados internacionales, y el artículo 13.3 del Protocolo Adicional II, para los conflictos armados no internacionales en el artículo 13.3.

⁵⁵ En este sentido, SCHMITT, M. N., «The Interpretive Guidance...», *op. cit.*, p. 13.

⁵⁶ Aunque controvertida, incluso los autores que se han mostrado críticos con el resultado final reconocen que la Guía contiene aportaciones importantes y supone un avance en la clarificación del concepto de «participación directa en las hostilidades». (Cfr. SCHMITT, M. N., «The Interpretive Guidance...», *op. cit.*, p. 6).

dos⁵⁷. Aunque se evite el término combatiente, el artículo 1.1 del Protocolo Adicional II, enuncia la categoría de personas que pueden ser objeto de ataque y que comprende a los miembros de las «fuerzas armadas del Estado», de las «fuerzas armadas disidentes» y de los «grupos armados organizados» que tienen la capacidad de «realizar operaciones militares sostenidas y concertadas». El Comentario del CICR al Protocolo Adicional II señala que las personas que «pertenecen a las fuerzas armadas o a los grupos armados pueden ser atacadas en todo momento»⁵⁸. El artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 prohíbe en términos absolutos los ataques contra «las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate». El Protocolo Adicional II señala que «las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares» (art. 13.1) «salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación» (art. 13.3).

El problema es que, en la práctica, determinar quiénes pertenecen a un grupo armado resulta más complejo que identificar a los integrantes de las fuerzas armadas de un Estado, que normalmente visten uniformes. Además, algunos grupos armados cuentan con secciones de tipo cultural, político o asistencial junto al ala propiamente militar, por lo que se plantea el dilema de si la afiliación al grupo los convierte en objetivos lícitos de ataque. La Guía interpretativa propone un concepto de pertenencia a grupos armados basado en un criterio estrictamente funcional:

«a efectos prácticos del principio de distinción... la condición de miembro de tales grupos no puede depender de una afiliación abstracta, parentesco u otros criterios que pueden prestarse a arbitrariedad o abuso... De acuerdo con el DIH, el criterio decisivo para determinar la pertenencia de un individuo a un grupo armado es si esa persona asume una función continua de combate dentro del grupo»⁵⁹.

⁵⁷ Precisamente el proceso para la aprobación de la Guía puso de manifiesto la existencia de profundas divergencias sobre la cuestión de las condiciones en que pueden ser lícitamente atacados los miembros de un grupo armado enemigo (cfr. SASSOLI, M., «The Role of Human Rights...», *op. cit.*, p. 79, nota 204).

⁵⁸ Sandoz, *et al* (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1987, par. 4789.

⁵⁹ Cfr. *Interpretive Guidance*, p. 33.

La asunción de una función continua de combate no otorgaría a los miembros del grupo armado el privilegio del combatiente –disfrute de inmunidad de jurisdicción por las acciones de combate lícitas–, sino que tendría por único efecto diferenciarlos de los civiles que participan esporádicamente en acciones de combate, o de aquellos otros miembros del grupo que asumen funciones puramente administrativas, políticas o de otra naturaleza, pero que no se implican en las acciones de combate. Un razonamiento convincente para algunos autores⁶⁰, pero que suscitó la discrepancia de otros para quienes el único enfoque viable en la práctica es que, en el contexto de un conflicto, todos los miembros del grupo armado formen una sola categoría⁶¹. La interpretación del aspecto temporal de la participación directa de los civiles, que sólo pueden ser objeto de ataque «mientras dura la participación», también se revela complicada. El consenso sobre el carácter consuetudinario de esta norma va acompañado de profundas discrepancias en cuanto a su alcance⁶², en particular sobre lo que se ha denominado «la puerta giratoria». La Guía adopta el enfoque de la puerta giratoria al señalar que el civil que participa directamente en las hostilidades, aunque sea de modo recurrente, siempre recupera su protección cuando cesa su participación directa y sólo puede ser objeto de ataque cuando vuelve a participar en las hostilidades. Algunos analistas han subrayado que el enfoque de la «puerta giratoria» respecto a los civiles que participan en hostilidades distorsiona estructuralmente el régimen jurídico aplicable⁶³.

⁶⁰ SASSÒLI, M., «The Role of Human Rights...», *op. cit.*, p. 80.

⁶¹ SCHMITT, M. N., «The Interpretive Guidance...», *op. cit.*, p. 24. Según este autor, la aplicación del criterio de ejercicio continuado de función de combate altera, además, el equilibrio entre necesidad militar-principio de humanidad porque los miembros de las fuerzas armadas pueden ser atacados por su mera pertenencia a las mismas, aunque no desarrollen una función de combate.

⁶² Sin embargo, el artículo 8.2.b.i) del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional no incluye ese aspecto temporal según el cual los civiles sólo pueden ser objeto de ataque «en el momento» en que están tomando parte en las hostilidades, dando pie a que algún autor sugiera que de este modo el Estatuto deja la puerta abierta a otras interpretaciones en función de las circunstancias del caso (cfr. KRETZMER, D., «Targeted Killing of Suspected Terrorists...», *op. cit.* pp. 192-193).

⁶³ SCHMITT, M. N., «The Interpretive Guidance...», *op. cit.*, p. 37. La Guía justifica su postura señalando que obedece a la finalidad de «proteger a los civiles durante el tiempo en que no representan una amenaza militar» (*Interpretive Guidance*, p. 70). Desde la perspectiva opuesta se argumenta que los civiles pierden su protección porque deciden participar en conflicto no porque representen una amenaza militar: la noción de amenaza guarda relación con el concepto de legítima defensa y se sitúa, por lo tanto, en una dimensión jurídica diferente.

Aplicando estos criterios a la cuestión formulada al principio, se trata de resolver si se respeta el principio de distinción al seleccionar a determinados individuos como objetivos de los ataques letales selectivos. Cuestión de difícil respuesta debido a la ausencia de información oficial sobre el programa. No obstante, hay un aspecto del programa que resulta cuestionable desde el principio de distinción, los denominados *signature strikes*, dirigidos contra grupos de personas sospechosas de ser miembros de un grupo armado por su patrón de conducta, pero cuya identidad no se conoce y por tanto, tampoco es segura su pertenencia al grupo armado. Este tipo de ataques son los que mayor irritación causan en la opinión pública y en las autoridades pakistaníes y los que menores ventajas proporcionan desde el punto de vista militar. Por el contrario, los ataques dirigidos contra líderes identificados (*personality strikes*) suscitan menor oposición interna y externa y se ajustarían al principio de distinción en la medida en que están dirigidos contra miembros de un grupo parte en el conflicto⁶⁴.

4.2.2. La aplicación del principio de proporcionalidad: ventaja militar y daños colaterales

La licitud de los ataques selectivos debe ser valorada también desde la perspectiva jurídica del principio de la proporcionalidad⁶⁵, según el cual no se debe atacar un objetivo militar cuando es probable que provoque muertes o daños civiles desproporcionados con la ventaja militar obtenida. Se trata de una valoración de se debe efectuar caso por caso, sin que exista consenso sobre los criterios para ponderar necesidad militar y nivel tolerable de daños.

En el caso de las operaciones llevadas a cabo por Estados Unidos contra las bases y los líderes de los grupos armados en Pakistán, las divergencias en la interpretación del concepto de necesidad militar y del principio de proporcionalidad se complican con las divergencias sobre una cuestión fáctica, el número de bajas civiles y militares ocasionadas. Para un observador externo es

⁶⁴ ENTOUS, A.; GORMAN, S.; BARNES, J.E., «U.S. Tightens Drone Rules», *The Wall Street Journal*, 4 de noviembre, 2011.

⁶⁵ *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, marzo 2010, p. 63.

muy difícil verificar la precisión de los ataques efectuados mediante drones. El ejército pakistaní no permite el acceso a los lugares en los que ha tenido lugar un ataque y las diferencias entre las cifras de bajas civiles según la fuente de información consultada son notorias⁶⁶.

4.2.3. Problemas derivados del uso de drones

Los detractores de los drones argumentan que es una modalidad de armamento ilícita *per se*, porque es incapaz de respetar el principio de distinción ya que los ataques realizados mediante drones causan daños de manera indiscriminada. Como ha quedado reflejado en el apartado anterior, esta afirmación se enfrenta a una dificultad fáctica, derivada de la ausencia de datos oficiales sobre los daños causados. En el caso de aceptar esta valoración de la práctica, el argumento debería superar otra dificultad en el plano de los principios: si el hecho de que un arma sea incapaz de respetar el principio de distinción determina por sí mismo su ilicitud. La Corte Internacional de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse sobre este particular en la Opinión consultiva sobre la licitud de uso de armas nucleares. La Corte afirmó que los estados no deben usar armas incapaces de distinguir objetivos civiles de militares⁶⁷, no obstante, a la hora de pronunciarse en concreto sobre la licitud de un determinado tipo de armas la Corte puso de relieve que, en la práctica internacional, cuando los Estados han considerado que un determinado tipo de armamento es contrario al Derecho internacional humanitario, han recurrido a su prohibición por medio de Tratados internacionales específicos⁶⁸. En au-

⁶⁶ BERGEN, P.; TIEDEMANN, K., «The Year of the Drone...», *op. cit.* pp. 1-2. Según datos ofrecidos por las autoridades pakistaníes, y publicados en un diario pakistaní, los ataques con drones durante el año 2009 causaron la muerte de más de 700 civiles; algunos analistas han señalado que los civiles representan un 98 por ciento de las bajas ocasionadas por los drones, mientras otros estudios rebajan sustancialmente la cifra a un 10 por ciento.

⁶⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 257.

⁶⁸ Postura confirmada por el artículo 8.2.b.xx) del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, que tipifica como crimen de guerra en los conflictos armados internacionales: «Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho humanitario internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123».

sencia de una prohibición convencional de los drones, no parece que pueda afirmarse su ilicitud *per se*⁶⁹. De hecho, los partidarios de los drones afirman que no sólo constituyen un sistema de armamento tan lícito como cualquier otro, sino que su tecnología mejora la capacidad de vigilancia y permite una mayor precisión en los ataques que otro tipo de armas⁷⁰.

Desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario, es indiferente que un misil sea lanzado desde un dron, desde un helicóptero o desde cualquier otro tipo de plataforma. La cuestión clave, como pone de relieve un Informe del Relator Especial sobre Ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias es que su utilización en el caso concreto se ajuste a las exigencias del derecho internacional humanitario⁷¹.

5. CONCLUSIONES

Desde una perspectiva jurídica, los ataques letales selectivos podrían ser conformes al Derecho Internacional Humanitario siempre que respetasen los principios de distinción y proporcionalidad y en la medida en que se desarrollaran en el marco de un conflicto armado, incluso cuando el conflicto ha traspasado las fronteras del Estado. El problema es que en conflictos armados no internacionales, especialmente si son conflictos asimétricos, hay profundas divergencias en cuanto a la interpretación de las normas aplicables a cuestiones básicas como el umbral de violencia requerido para que una situación sea considerada como conflicto armado o la determinación de quiénes pueden ser lícitamente atacados. La postura oficial de Estados Uni-

⁶⁹ BEARD, J. M., «Law and War in the Virtual Era», 103 *American Journal of International Law*, 2009, pp. 409-445.

⁷⁰ *Report of the Special Rapporteur...*, *op. cit.*, par. 81.

⁷¹ *Report of the Special Rapporteur...*, *op. cit.*, par. 79. Se ha señalado que un poderoso atractivo de los drones armados es que permiten dirigir ataques contra un objetivo situado en territorio enemigo sin riesgo de bajas personales. Un atractivo que tiene sus riesgos, pues la ausencia de peligro para los pilotos puede contribuir a una interpretación excesivamente amplia del concepto de necesidad militar y facilitar la predisposición de los mandos responsables al uso de la fuerza. En este sentido, una investigación llevada a cabo por el ejército de Estados Unidos referente a un ataque realizado en Afganistán en febrero de 2010, subrayaba la conveniencia de adoptar unas normas claras de enfrentamiento adecuadas a las características específicas de las operaciones con drones. GISICK, M., «Report Faults Drone Crews in Attack that Killed Afghan Civilians», *Stars and Stripes*, 29 de mayo, 2010, aspecto en el que también insiste el Informe del Relator Especial (*Report of the Special Rapporteur...*, *op. cit.*, par. 80).

dos es que se encuentra involucrado un conflicto armado no internacional contra Al Qaeda y grupos asociados que se desarrolla tanto en Afganistán como en cualquier otro lugar donde se encuentre un miembro de esos grupos. De acuerdo con el análisis realizado en este trabajo los ataques contra líderes y operativos de Al Qaeda y de grupos armados asociados presentes en las áreas pakistaníes contiguas a Afganistán formarían parte, efectivamente, del conflicto. Sin embargo, ni los tratados vigentes ni la práctica estatal contienen elementos que respalden la ampliación del teatro de guerra a toda localidad en la que se encuentre presente un miembro de los grupos armados partes en el conflicto de Afganistán.

La defensa del programa estadounidense de «ataques letales selectivos» parte de una doble premisa. Por un lado, que la estrategia contra el terrorismo debe incluir «fuerza militar cinética», es decir operaciones ofensivas que impliquen el uso de la fuerza armada. Por otro lado, que esa estrategia exige optar entre grandes despliegues militares, como en Irak y Afganistán, que actualmente resultan impensables por su elevado costo, o el recurso a drones armados para efectuar ataques selectivos⁷². Así planteado, el programa de ataques letales selectivos mediante drones ha pasado a convertirse en un instrumento para el que no existe alternativa real. Durante esta primera década de funcionamiento, el programa de ataques letales mediante drones ha estado guiado por dos objetivos a corto plazo: debilitar a Al Qaeda y prevenir un nuevo atentado terrorista a gran escala en suelo estadounidense. Concebido como respuesta inmediata frente a una amenaza excepcional, sus innegables resultados a corto plazo pueden dificultar la valoración de sus eventuales costes a largo plazo⁷³. Cuando se cumplen determinadas condiciones, una campaña de ataques selectivos puede disminuir la capacidad operacional del grupo para orquestar atentados, pero la decapitación del grupo también puede ser estímulo para la adhesión de nuevos miembros y la aparición de nuevos líderes, dotados de mayor carisma o preparación, y para

⁷² ZENKO, M., «State of the Union Defense Targeted Killings», *Council on Foreign Relations*, 13 febrero 2013.

⁷³ «Plan for hunting terrorists signals U.S. intends to keep adding names to kill lists», *The Washington Post*, 24 de octubre, 2012. El anterior subdirector del centro de antiterrorismo de la CIA, Paul Pillar, señalaba que cuando se depende de una táctica ésta acaba convirtiéndose en elemento central de la estrategia: institucionalizar una práctica supone cruzar un umbral sobre el que es difícil volver.

una intensificación de la violencia⁷⁴, especialmente cuando se llevan a cabo en territorio de un tercer Estado⁷⁵. Una eficacia, por lo tanto controvertida, y una fundamentación jurídica objetable, que vuelve a girar alrededor de un pretendido y ampliado derecho de legítima defensa preventiva.

⁷⁴ WILNER, A., «Targeted Killings in Afghanistan: Measuring Coercion and Deterrence in Counterterrorism and Counterinsurgency», *Studies in Conflict & Terrorism*, núm. 33: 4, pp. 312-314; FRANKEL, M., «The ABCs of HVT: Key Lessons from High Value Targeting Campaigns Against Insurgents and Terrorists», *Studies in Conflict and Terrorism*, 34: 1, pp. 17-30.

⁷⁵ BLUM, G.; HEYMANN, P., «Law and Policy...», *op. cit.*, pp. 165-166.